



La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**  
Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

**Usted es libre de:**



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra  
hacer obras derivadas

**Bajo las condiciones siguientes:**



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

## **Contexto y problemáticas de la cadena de custodia frente a la Ley 1826 de 2017.**

**Cristian David Rodríguez Buitrago <sup>1</sup>**

### **Resumen**

Dentro de la elaboración de políticas públicas, el legislador en búsqueda de mecanismos que coadyuven con la solución de las diferentes problemáticas que se presentan dentro del desarrollo del sistema judicial colombiano, especialmente las concernientes a la congestión judicial, expidió la Ley 1826 de 2017 “por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”. Sin embargo, tal desarrollo normativo en su implementación se encuentra en contra vía de los desarrollos jurisprudenciales consolidados por la Corte Constitucional en defensa de procedimientos que garantizan una protección solida de los derechos fundamentales, como el debido proceso, la presunción de inocencia y demás derechos ligados directamente a los procedimientos concernientes a la cadena de custodia.

**Palabras Clave:** Ley pequeñas causas, Acción penal, Acusador Privado, Cadena de custodia, Procedimiento cadena de custodia, Congestión Judicial.

### **The chain of custody in the private prosecutor contemplated in Law 1826 of 2017.**

### **Abstract**

Within the elaboration of public policies, the legislator in search of mechanisms that contribute with the solution of the different problems that arise within the development of the Colombian judicial system, especially those concerning judicial congestion, issued Law 1826 of 2017 "by means of which a special abbreviated criminal procedure is established,

---

<sup>1</sup> Estudiante de la Universidad Católica de Colombia, facultad de derecho, programa de pregrado, código 2109908, C.C 1.020.801.413. Artículo reflexivo para optar por el título de abogado. Director: Dr. Ricardo Ariza López docente vinculado con la Universidad Católica.

and the figure of the private prosecutor is regulated ". However, such regulatory development in its implementation is against the jurisprudential developments consolidated by the Constitutional Court in defense of procedures that guarantee a solid protection of fundamental rights, such as the chain of custody.

**Key Words:** Colombia, Criminal Law, Private Prosecutor, Chain of custody, Comparative Law, Constitutional Law.

### **Sumario:**

Introducción. 1. Nociones generales de la cadena de custodia. 2. Un estudio comparado de la cadena de custodia. 3. Problemáticas del acusador privado en materia de cadena de custodia; Conclusiones. Referencias.

### **Introducción**

La situación actual del derecho penal ha llevado a las máximas autoridades en materia legislativa en diferentes países a adoptar políticas que coadyuven a solucionar las problemáticas actuales que presenta la administración de justicia, tales como, congestión judicial, índices de impunidad, corrupción de altos funcionarios y demás situaciones que conllevan a la pérdida de legitimidad de la acción pública, dando como resultado la privatización de la acción penal, volviendo entonces a situaciones desfavorables que ulteriormente habían sido superadas, tales como las represalias que se derivan del ánimo vindicativo en búsqueda de venganza y justicia privada, situaciones que dentro del marco de la exposición de motivos de la ley 1826 de 2017 no se encuentran contempladas, pues su justificación se centró en la posibilidad otorgada por el Acto legislativo 06 de 2011 de incorporar al ordenamiento jurídico la figura del acusador privado respetando el poder preferente ostentado por la Fiscalía General de la Nación.

Con el fin de poder desarrollar a cabalidad la teoría del acusador privado y su implicación dentro del ejercicio de la acción penal, resulta imperativo entender al menos

someramente, la definición y desarrollo de la víctima dentro del proceso penal antes de la expedición de la ley 1826 del 2017, donde a través de diferentes sentencias que serán expuestas posteriormente, se evidencia la férrea posición de la Corte Constitucional y del alto tribunal, la Corte Suprema de Justicia, en considerar que la víctima debe ser un interviniente dentro del escenario del juicio penal y no parte adversarial del mismo.

Desde un punto de vista Constitucional, si bien la víctima no se encuentra definida en la Carta Magna, se puede inferir su reconocimiento en el artículo 250 numeral 6° donde se mencionan las obligaciones de la Fiscalía General de la Nación, y que en concreto señala que deberá solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

A diferencia de la Constitución Política, la ley 906 de 2004 en su artículo 132 define para efectos del código de procedimiento penal a la víctima: como aquellas personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto.

Dentro del sistema penal colombiano con tendencia acusatoria implementado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la ley 906 de 2004, se evidencia procesalmente la protección y participación de las víctimas antes de la entrada en rigor de la ley 1826 de 2017, en donde nos centraremos principalmente en las intervenciones a las que tiene derecho la víctima sin la necesidad de la intermediación directa por parte de la Fiscalía General de la Nación, según el análisis jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional. (7 de septiembre de 2011) en sentencia C-651 [MP María Victoria Calle Correa] señalando:

- (i) El derecho a intervenir en los preacuerdos y negociaciones con poder de afectar su derecho a un recurso judicial efectivo para obtener la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, resguardado en la sentencia C-516 de 2007,
- (ii) En la sentencia C-209 de 2007, la Corte determinó que las víctimas pueden acudir directamente ante el juez competente, ya sea el de control de garantías o el de

conocimiento, para solicitar la medida de aseguramiento o de protección, según corresponda. (iii) La Corte reconoció a las víctimas en sentencia C-209 de 2007 la posibilidad de hacer uso de la palabra para controvertir la petición del Fiscal, la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas que muestren que sí existe mérito para acusar, o que no se presentan las circunstancias alegadas por el fiscal para su petición de preclusión, y el ejercicio del derecho de apelación contra la sentencia que resuelve la solicitud de preclusión, (iv) las víctimas y/o sus representantes en el proceso penal, podrán ser oídos en la etapa de individualización de la pena y la sentencia.

Resulta evidente entonces, que el avance constitucional en materia de la protección de las víctimas dentro del proceso penal, busca por medio de la Constitución Política y la Ley 906 de 2004, que se garanticen por medio de la Fiscalía General de la Nación los derechos concernientes a la justicia, verdad y reparación, protección que en específicas situaciones como se señaló anteriormente pueden acudir las víctimas directamente a fin de generar una participación encaminada a controvertir situaciones ignoradas por el Fiscal Delegado y que puedan eventualmente afectar sus derechos, sin considerarse a esta parte dentro del proceso penal, puesto que como se entendía antes de la entrada en vigencia de la ley 1826 de 2017, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (07 de diciembre de 2011) Proceso n° 37596 [MP José Luis Barceló Camacho]:

No debe dejarse de lado que, independientemente de sus derechos y de la obligación de la administración de justicia de garantizárselos, constitucional y legalmente la víctima no es “parte”, sino “interviniente” procesal y permitirle la participación absoluta en el juicio, sin límites, equiparándola a la defensa y a la Fiscalía, comportaría desnaturalizar su carácter para convertirla en “parte”.

Finalmente, el artículo 555 de la ley 906 de 2004 modificado por el artículo 33 de la ley 1826 de 2017, da cuenta de la ambiciosa, pero desacertada facultad otorgada a la víctima en cuanto reconoce que la aprobación de la conversión de la acción penal de pública a privada, convierte evidentemente a la víctima en “parte” dentro del procedimiento penal, y desnaturaliza su condición de “interviniente” cuyo desarrollo tanto jurisprudencial como

legislativo, obedecía a la necesidad tanto de la víctima de asegurar en mayor medida el respeto a los derechos a la verdad, justicia y reparación, por parte del Fiscal Delegado como al procesado de la protección de sus derechos al debido proceso y presunción de inocencia a fin de evitar lo que en sentencia C 228 de 2002 se señalaba: “que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de retaliación o venganza contra el procesado.”

Superando la aprehensión tanto conceptual como jurisprudencial de la víctima resulta ahora necesario entender la teoría de la acción.

Definida esta como, “un deber, una facultad o un derecho, dependiendo de quién ostente su titularidad y del grado de disponibilidad que le sea autorizado para renunciar a su ejercicio” (Peña, 2012, p. 16); y cuyo desarrollo teórico se adapta a partir de la exposición conceptual dada en el derecho civil, pero que para efectos de su implementación en el ámbito penal encuentra diferencias evidentemente marcadas en cuanto, por ejemplo, Edmundo Durán Díaz citado en (Belén, 2018) señala:

el proceso civil se desarrolla alrededor de una acción, real o hipotética, de derechos y obligaciones recíprocos entre autor y demandado, (...) el Código Penal no regula relaciones personales entre dos o más sujetos, sino que contiene mandamientos y prohibiciones sancionados con una pena en caso de incumplimiento. No existe una relación penal entre el autor y la víctima del delito; lo que hay es una relación entre el Estado y el imputado. No hay una relación privada entre dos, sino una relación pública entre toda la sociedad de un lado, y el inculcado del otro lado (pág. 35)

Acción penal que hasta antes del Acto Legislativo 06 de 2011 se encontraba en cabeza únicamente de la Fiscalía General de la Nación y que posteriormente el Legislador abrió la posibilidad de asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación, y cuyo análisis se entrara en detalle más adelante.

A fin de poder analizar tanto el Acto legislativo 06 de 2011 como la ley 1826 de 2017 resulta necesario contrastar las situaciones jurídicas e históricas similares dadas en diferentes países de América en búsqueda de problemáticas análogas y contrarias a las que está experimentando Colombia actualmente.

En Estados Unidos de América a mediados del siglo XX, se comienzan a dar los primeros avances en materia de protección a las víctimas, visto que después de la segunda guerra mundial se incrementaron de manera significativa los delitos y actos que afectaban en gran medida a la población en vía de desarrollo tanto social como económicamente, por consiguiente la presión de movimientos sociales hicieron que el Gobierno norteamericano creara políticas encaminadas a brindar mayor participación a la víctima dentro de los procesos que se adelantaban por parte de los Fiscales, así:

Se podría afirmar que el acusador privado surge en aquellos casos en los que una Corte le solicita a la autoridad Fiscal correspondiente cumplir su deber como acusador y este es reticente. En tal situación, podrá la Corte nombrar a un acusador privado que no tenga ningún tipo de conflicto de interés con el proceso (Monroy, 2015, pág. 24).

Perú, Ecuador, Chile y México, son algunos de los países que históricamente han dado el paso a la privatización de la acción penal y cuyas características generales se relacionan a continuación.

En Perú, la acción penal se encuentra definida dentro del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N.º 957 de 2004, donde en su artículo 1 del libro primero, concerniente a las disposiciones generales, se estipula que:

Artículo 1 Acción penal. - La acción penal es pública.

2. En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querella (Organization of American States, 2004).

Dentro del desarrollo normativo de la legislación Peruana se entiende que el querellante particular, se encuentra facultado para instar ante el órgano jurisdiccional tanto la sanción penal como la reparación civil, pero únicamente frente a los delitos denominados agravios que se caracterizan por generar una afectación única y exclusivamente al querellante legítimo, verbigracia, lesiones personales culposas y dolosas con incapacidad hasta de quince días, maltrato sin lesión, hurto simple sin daño (de un bien cuyo valor no sobrepase cuatro remuneraciones mínimas vitales), hurto famélico (apoderarse de comestibles de poco valor o en pequeña cantidad para su consumo inmediato), usurpación breve (penetrar por breve término en terreno cercado, sin permiso del dueño) etc.

Dentro del desarrollo legislativo de los mencionados países latinoamericanos la figura del acusador privado nace y se desarrolla, como una necesidad propia de la víctima, de llevar a causa propia aquellas conductas que a criterio del Legislador afectan a la víctima en su esfera privada y por consiguiente corresponde a esta el ejercicio de la acción penal, dentro del aparte normativo del Código de Procedimiento Penal Chileno se comprende la función que cumple la acción penal a modo de política pública:

#### Art. 3 1

La acción penal es pública o privada. La primera se ejercita a nombre de la sociedad para obtener el castigo de todo delito que deba perseguirse de oficio; la segunda sólo puede ejercitarse por la parte agraviada.

Al entenderse la acción penal privada como un mecanismo que afecta directa y exclusivamente a la víctima, su procedimiento va encaminado a la reparación de la misma ya sea económica, social o moralmente, estipulando la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción sin la intervención u oposición del Estado, al respecto la estructura procesal normativa de Chile y Ecuador coinciden en señalar:

#### Artículo 56.



Renuncia de la acción penal. La acción penal pública no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esa renuncia la acción penal privada y la civil derivada de cualquier clase de delitos.

#### Ecuador

Art. 63.- Renuncia. - El ofendido puede renunciar al derecho de proponer acusación particular.

México se destaca por darle al procedimiento del acusador privado una connotación encaminada a la conciliación más que al litigio en sí, al respecto Ernesto García (2016) señala:

Por los resultados encontrados, la acción penal privada operó en todos los casos, como un medio alternativo de solución de conflictos; es decir, no se ha llegado, en el período en estudio, mil novecientos noventa y nueve a dos mil quince, a una sentencia definitiva, como conclusión del procedimiento. Sí hubo recursos de apelación por violaciones al procedimiento en contra de los autos emitidos por los jueces de control, llegando algunos de éstos hasta el recurso de amparo en revisión en los Tribunales Colegiados de Circuito (pág. 189).

En todo caso los sistemas judiciales latinoamericanos demuestran que la conversión de la acción penal nace y se desarrolla como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que busca la descongestión judicial, permitiéndole al Ministerio Público enfocar sus esfuerzos a conductas delictivas que afecten en gran magnitud al conglomerado social, y de otro lado el consolidar a las víctimas como parte fundamental del proceso penal, de ello da cuenta como ya se ha plasmado, la exposición de motivos de la ley 1826 de 2017 y como señala (Torrado Rojas & Benedetti Quiñones) en el proceso de implementación de la acción privada en Chile obedeció entonces a:

La necesidad de participación de la víctima que le garantice el resarcimiento de sus perjuicios y a que esta coadyuve al esclarecimiento de la verdad, sumado a la congestión judicial, especialmente la tardanza en los procedimientos de investigación, así como los actos de impulso del proceso hicieron necesaria la formulación de la posibilidad de que la víctima u ofendido pudiera promover el ejercicio de la acusación particular para algunos casos de carácter excepcional. (pág. 35)

El Acto legislativo 06 del 24 de noviembre de 2011, sentó las bases jurídicas para la desmonopolización de la acción penal mediante la modificación de varios artículos del texto Constitucional, entre ellos el parágrafo segundo del artículo 250, estipulando:

Parágrafo 2°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

A partir de la posibilidad de asignar el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía general de la nación, el legislador cuenta con más herramientas para coadyuvar a la descongestión judicial, mediante la implementación de políticas que permitan garantizar la protección de los derechos del conglomerado.

Pese al avance en materia de descongestión judicial, por parte del Acto Legislativo 006 de 2011, el vacío jurídico no fue regulado con éxito sino hasta la expedición de la Ley 1826 del 12 de enero de 2017, pues si bien en anteriores ocasiones se intentó dar trámite a diferentes proyectos de ley, tales como, proyecto de Ley 209 de 2012 y proyecto de Ley 224 de 2015, estos no surtieron el respectivo trámite legislativo con éxito.

Uno de los acercamientos por parte del Legislador con respecto a la privatización de la acción penal en Colombia se evidencia en la Ley 1153 de 2007 (por la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal), donde se buscaba descongestionar la carga laboral de la Fiscalía General de la Nación “(...) con miras a que proyectara todos sus

esfuerzos a la lucha contra el crimen organizado y enfrentara la investigación de delitos de mayor connotación social” (Exposición de motivos Ley 1153 de 2007)

Mediante la ley de pequeñas causas se atribuyó a la policía nacional, funciones tales como investigación e indagación de ciertas conductas punibles, dichas funciones a los ojos de la Constitución política y la Corte Constitucional en sentencia C-879 de 2008 (Referencia D-7208 y D-7211. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), se encuentran totalmente en contra vía de la constitución y el monopolio de la acción penal en cuanto que:

La Ley 1153 de 2007 excluyó a la Fiscalía General de la Nación de la competencia para la investigación de los hechos, que conforme lo establece de manera clara, expresa e inequívoca el inciso primero del artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General no puede renunciar a ejercer la acción penal ni dejar de realizar la investigación penal frente a aquellos hechos que revistan las características de un delito, sin perjuicio de la institución de la querrella, asignándole las funciones de investigación e indagación a la Policía Nacional frente a las contravenciones penales, que siguen revistiendo las características de un delito, lo que contraría el artículo 250 Superior.

Para la expedición de la Ley 1826 de 2017 el legislador tuvo en cuenta los desarrollos normativos dados en los países vecinos, y mediante la creación de la Comisión Asesora para la desmonopolización de la acción penal tomó las características más importantes para lograr una correcta armonía entre el poder preferente que ostenta la Fiscalía General de la Nación y la facultad a los legítimos querellantes de desarrollar la acusación dentro del escenario judicial.

Ahora bien, el máximo organismo constitucional en Colombia es decir la Corte Constitucional, desde su creación, se ha referido en numerosas ocasiones a la acción penal a partir de los postulados integrados en la Constitución Política de 1991.

En este orden de ideas se puede hablar de una ruptura en el sentido de las decisiones proferidas por esta alta Corte, pues en el año 2011 el acto legislativo 006 modificó varios artículos del texto Constitucional, entre ellos, el concerniente a la acción penal (artículo 250), facultando a las víctimas y otras autoridades el ejercicio legítimo de la misma.

Como bien se puede apreciar, la Corte Constitucional ha desarrollado un papel fundamental en la defensa de la Constitución Política y, en consecuencia, de la acción pública penal. Cabe resaltar que, con la expedición del acto legislativo 06 del 24 de noviembre de 2011 se plantea un nuevo reto para la Corte Constitucional, en cuanto, entrará muy probablemente a decidir demandas de inconstitucionalidad frente a las facultades otorgadas al acusador privado, evidenciando entonces, si, realmente se eliminó o se cambió sustancialmente un elemento esencial del ordenamiento constitucional con el fin de posteriormente adoptar las medidas necesarias para la defensa de la Constitución Política de Colombia.

De conformidad con lo anterior, resulta evidente entonces que la implementación del acusador privado en Colombia mediante la Ley 1826 de 2017, enfrenta diferentes retos y análisis frente a las diversas implicaciones normativas y constitucionales que su desarrollo pueda ocasionar, por consiguiente el presente artículo no pretende ambiciosamente desarrollar todas las problemáticas propias del acusador privado, sino resolver un cuestionamiento que se presenta a la luz del tema a desarrollar dentro de este artículo, el cual corresponde a si ¿la figura del acusador incorporada por la ley 1826 de 2017 respeta íntegramente los procedimientos correspondientes a la cadena de custodia y los derechos constitucionales que la misma busca proteger?

El objetivo del presente artículo es analizar las repercusiones que pueda generar la implementación del acusador privado, específicamente aquellas concernientes a la cadena de custodia y su relación con derechos constitucionalmente protegidos.

Con el fin de desarrollar el problema jurídico y el objetivo del presente artículo, se desarrollará tanto teórica como jurisprudencialmente el concepto de cadena de custodia y sus

implicaciones. Igualmente comparar la normativa colombiana con la de otros países a fin de encontrar diferencias y similitudes dentro de su implementación, para finalmente construir las bases conceptuales a fin de realizar un análisis a la figura del acusador privado en dirección a evidenciar las posibles incompatibilidades de la norma, en menoscabo de derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política.

### **1. Nociones generales de la cadena de custodia.**

Dentro del desarrollo del presente artículo, a fin de tomar un punto de vista concreto, se tomará como referencia la sentencia del Alto Tribunal Constitucional que, por su claridad y desarrollo conceptual, sirve de base al presente artículo en cuanto define la cadena de custodia como:

(...) un mecanismo que tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los materiales probatorios y la evidencia física. En este sentido, es concebida como un conjunto de medidas que tienen como fin preservar la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física y asegurar el poder demostrativo de la prueba. (Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 2015)

En el mismo sentido, la Fiscalía General de la Nación, en su manual de procedimientos del sistema penal acusatorio colombiano (2012), define la cadena de custodia como, “un sistema de seguridad que garantiza que el elemento material probatorio o evidencia física identificado, fijado, recolectado, embalado y rotulado, es el mismo del lugar explorado y que se encuentra en igualdad de condiciones fenomenológicas a las que allí tenía” (p. 59)

La prueba en su connotación procesal es definida doctrinalmente como, “La acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.” (Couture, 1958, p. 225) mientras que la Real Academia Española la define como: “La actuación procesal de parte, a través de los medios regulados en la norma procesal, por la que intenta acreditar los hechos que invoca como fundamento de su pretensión, con el propósito de acreditar al tribunal su certeza probatoria.” (2019).

Claramente las definiciones presentadas tanto por la Corte como por la Fiscalía, denotan un componente común, como lo es, el definir la cadena de custodia como un mecanismo o sistema de seguridad, que evidentemente implica contemplar su desarrollo como un procedimiento que busca mantener inmaculada la prueba durante su recolección y conservación; por consiguiente su mera implementación no implica per se la autenticidad del medio probatorio, puesto que la misma corresponde al medio por el cual se busca demostrar su eficacia probatoria. Corte Constitucional. (5 de agosto de 2015) en sentencia C-496 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Dentro del ordenamiento procesal penal, el principio de libertad probatoria se erige como la facultad de las partes del proceso de probar por cualquier medio contemplado en el Código de Procedimiento penal, los hechos y situaciones de interés para la Litis; por consiguiente resulta imperativo señalar que si bien es viable el demostrar la autenticidad de la prueba mediante otros medios de conocimiento, la cadena de custodia es el método de autenticación por excelencia contemplado tanto en la Constitución como en la Ley 906 de 2004; el carácter no absoluto de la cadena de custodia corresponde a un desarrollo jurisprudencial señalado en diferentes manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de enero de 2017) SP160-2017 [MP Patricia Salazar Cuellar]:

A efectos de llevar a cabo la autenticación de las evidencias físicas, aunque en todos los casos debería prevalecer la sujeción a los protocolos de cadena de custodia, la parte que la aporta se encuentra en libertad de solicitar los medios probatorios que considere más adecuados e idóneos para su demostración, prevaleciendo en tal sentido el principio de libertad probatoria que inspira el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, que establece en su artículo 373 que “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

Entendida la cadena de custodia en su ámbito conceptual, resulta entonces necesario señalar los desarrollos normativo que fundamentan su necesidad y obligatoriedad dentro de los procesos penales; un primer acercamiento a la misma se da dentro del avance teórico y doctrinal del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien sin existir una obligación constitucional, desarrolló manuales (Fiscalía General de la Nación, 2012) para el tratamiento de los elementos materiales probatorios dentro de la institución, y que actualmente continua con su actualización como lo es la versión 4, aprobada en el 2018 (Fiscalía General de la Nación, 2018).

En concordancia con lo anterior desde el proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara, donde al modificar el artículo 250 de la Constitución Política se le impuso a la Fiscalía General de la Nación la obligación de asegurar los elementos materiales probatorios conservando la cadena de custodia, en los siguientes términos:

2. El Fiscal deberá, en el ejercicio de la función investigativa, descubrir la prueba necesaria o suficiente, teniendo en cuenta y aplicando la cadena de custodia de las evidencias materiales, para presentarlas y practicarlas por ante el juez competente acusando al procesado para que se le llame a juicio público y oral. Promueve, (sic) amparado y autorizado por la Constitución, su función requirente de la acusación acorde a la prueba necesaria, a la prueba útil, idónea, legal, pertinente y suficiente para que se convoque a audiencia o causa eminentemente pública y necesariamente oral.

Dentro del desarrollo constitucional de la cadena de custodia, el Fiscal mediante las facultades establecidas por el parágrafo del artículo 254 de la Ley 906 de 2004, y de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos ha expedido diferentes resoluciones tales como: 1890 de 2002, 2869 de 2003, 06394 de 2004 y 02770 de 2005, que buscan modificar el manual de procedimientos del sistema de cadena de custodia.

En concordancia con la implementación normativa de la cadena de custodia, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) desarrolla los diferentes aspectos

generales concernientes al procedimiento de la cadena de custodia, dentro de los cuales resaltan:

Frente al ámbito de responsabilidad (artículo 255), la Ley 906 de 2004 señala que también son responsables por su conservación y autenticidad, tanto los particulares como los servidores públicos que entren en contacto con elementos materiales probatorios y evidencia física.

Ahora bien, en concordancia con los manuales y procedimientos implementados por la Fiscalía General de la Nación se entiende que el inicio de la cadena de custodia (artículo 257) se da desde el momento en el que el servidor público “que, en actuación de indagación o investigación policial, hubiere embalado y rotulado el elemento material probatorio y evidencia física”.

Por último, el simple hecho de finalizar el debate procesal dentro de la actuación judicial no es per se un motivo suficiente para la destrucción del elemento material probatorio o evidencia física, pues es necesario la orden de autoridad competente para proceder en tal forma, por consiguiente, resulta necesario la custodia del remanente en el almacén que en el laboratorio este destinado para tal fin (artículo 262).

Resulta evidente entonces que, si bien es la Fiscalía la llamada constitucionalmente a garantizar la cadena de custodia (artículo 250, numeral 3), los errores de derecho que afectan la indemnidad de la prueba corresponden entonces al tratamiento probatorio dados por “el primer respondiente: las Fuerzas Militares y la Policía de Vigilancia, en ejercicio de su función preventiva; la Policía Judicial, en ejercicio de su función investigativa; y los litigantes, fiscalía y defensa, en el debate del juicio oral.” (Alfonso, 2016, pág. 11)

Si bien al existir dentro del ordenamiento procesal penal, la libertad probatoria, no puede considerarse la cadena de custodia como un requisito absoluto y restringido por medio del cual el Fiscal Delegado demuestra la autenticación de la prueba, se considera esta, como el medio por excelencia mediante el cual se da fe del poder de convicción que puede tener



determinada prueba, en desarrollo del principio de mismidad, donde la evidencia expuesta ante los estrados judiciales debe corresponder a la obtenida en el lugar de los hechos, o en los determinados lugares donde se inició su custodia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de diciembre de 2013) Proceso n° 40.629 [MP Ayder Patiño Cabrera].

La importancia que implica el correcto desarrollo de la cadena de custodia, pese a no considerarse esta como de imperativo cumplimiento, corresponde a la finalidad perseguida con la misma, que no es otra más que garantizar los derechos constitucionales del debido proceso, acceso a la administración de justicia, derecho de defensa y el principio de igualdad de armas.

(...) en el contexto dentro de una progresiva posición de mejoramiento y modernización, con el propósito único de satisfacer —en la medida de lo posible, humana y científicamente— las necesidades y expectativas propias del sistema criminal de enjuiciamiento para lograr una pronta y cumplida justicia. En este sentido, con la implementación de un correcto mecanismo de funcionamiento de cadena de custodia el órgano encargado de la investigación criminal podrá optimizar los recursos con los que cada operador cuenta para la realización de sus funciones y la responsabilidad que le compete en el Sistema de Cadena de Custodia. (Guillen López, 2011)

Por último, resulta oportuno señalar cuales son las consecuencias de la denominada ruptura de la cadena de custodia, puesto que como bien se ha señalado anteriormente, la libertad probatoria protege entonces a la prueba de cualquier yerro que se pueda cometer durante el ejercicio de su custodia, y por consiguiente la considera susceptible de ser acreditada su indemnidad, mediante otros medios probatorios, al respecto la Corte Constitucional. (5 de agosto de 2015) en sentencia C-496 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub] señala:

(...) la posibilidad de que existan otros medios de autenticación de las pruebas en ningún momento afecta el numeral 3° del artículo 250 de la Constitución, sino que

permite que en casos en los cuales no se haya podido garantizar la cadena de custodia se empleen otros medios de autenticación distintos, aunque con un menor valor probatorio debe ser acreditado en cada caso concreto

Pero en ningún caso puede por el simple hecho de haberse dado la ruptura de la cadena de custodia, declararse la ilicitud de la prueba por cuanto lo que se afecta en este caso es la capacidad demostrativa de su validez, mas no la forma de su obtención, por consiguiente, corresponde al juez analizar otros medios probatorios que sirvan de sustento para acreditar la validez probatoria de la evidencia física o elemento material, en este sentido la Corte Constitucional. (5 de agosto de 2015) en sentencia C-496 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub] señala:

En conclusión, en caso de ruptura de la cadena de custodia el funcionario judicial les debe otorgar un mérito menguado pero jamás su declaratoria de ilegalidad o ilicitud con fundamento en la regla de exclusión: el demandante cuando presente una demanda de casación por este motivo, debe probar no solo que el proceso de cadena de custodia no se cumplió, sino que la autenticidad del elemento no se probó por otros medios y además que existen motivos razonables para pensar que la prueba no es genuina o que pudo ser alterada.

Ahora bien, si el Fiscal Delegado, la policía judicial o un particular que haya tenido contacto con la prueba, pretermitieron o deliberadamente actuaron en contra vía de los procedimientos estipulados por la Fiscalía General de la Nación con respecto a la cadena de custodia, correspondería entonces al acusador plantear otros medios de prueba que estén encaminados a blindar de legitimidad la evidencia física o elemento material probatorio, so pena de ser desestimada por el Juez de la causa, en cuanto no se encuentra sustentado el principio de mismidad de la prueba y por consiguiente resultar en un menoscabo de derechos fundamentales, véase sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de enero de 2017) SP160-2017 [MP Patricia Salazar Cuellar]

Se hace ahora necesario entender como otros países bajo una conceptualización similar de la cadena de custodia, dada por el Código procesal penal modelo para Iberoamérica, desarrollan tanto conceptual como procedimentalmente su ejecución, a fin de encontrar marcadas similitudes y diferencias con el procedimiento adoptado en Colombia.

## **2 Un estudio comparado de la cadena de custodia.**

En Colombia el horizonte del acusador privado se encuentra regulado en la Ley 1826 de 2017 “por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado” en cuyo artículo 27 define al acusador privado como “aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado”.

En un primer análisis a esta definición, resulta evidente como el Legislador limita la facultad del querellante legítimo mediante la representación de un abogado o estudiante de derecho de los consultorios jurídicos de las universidades debidamente acreditadas, y por consiguiente resulta evidente que quien es el llamado al tratamiento, recolección y conservación de la prueba, posee unas características especiales en cuanto a los conocimientos adquiridos en materia probatoria.

En segundo lugar, los artículos que regulan el desarrollo probatorio a cargo del acusador privado, en la Ley 1826 de 2017 corresponden específicamente, al artículo 34 el cual señala:

Actos de investigación. El titular de la acción privada tendrá las mismas facultades de investigación que la defensa.

El acusador privado no podrá ejecutar directamente los siguientes actos complejos de investigación: interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, diligencias de agente encubierto, retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

Dentro del contenido del referido artículo se evidencia como el Legislador iguala las cargas probatorias tanto de la defensa como del acusador, enfatizando la independencia de la Fiscalía con el acusador en sí, exceptuando los casos en los que se soliciten la ejecución de actos complejos de investigación (artículo 35), donde el Estado conserva naturalmente la facultad de restringir derechos fundamentales en pro de la investigación, cuya procedencia es evaluada por un Juez de control de garantías.

Con respecto al manejo de la custodia de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, el artículo 37 señala:

Una vez ordenada la conversión de la acción pública a privada, el fiscal de conocimiento entregará los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida al apoderado del acusador privado, respetando la cadena de custodia. De este acto, se dejará un acta detallada.

Realizado el traslado del artículo anterior, la custodia de los elementos materiales probatorios, evidencia física y la información legalmente obtenida corresponderá exclusivamente al acusador privado. Es deber del Fiscal del caso, guardar una copia de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que haya sido entregada al acusador privado, cuando ello fuere posible. El Fiscal podrá utilizar para ello cualquier medio que garantice la fidelidad y autenticidad de la información entregada.

PARÁGRAFO. De la misma manera se procederá cuando la Fiscalía ordene la reversión de la acción penal.

En concordancia con lo anterior resulta indudable la lógica manejada por el Legislador en cuanto, partiendo del hecho en donde la Fiscalía General de la Nación esta llamada por la Constitución (artículo 250) a la guarda y tratamiento de los elementos materiales probatorios, mediante la cadena de custodia, del mismo modo con el respeto a los

procedimientos establecidos, realiza la entrega de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida al apoderado del acusador privado, quien será este única y exclusivamente el responsable de la custodia de los mismos.

Apropiados entonces los elementos normativos básicos correspondientes a la cadena de custodia por parte del acusador privado, resulta ahora viable generar su análisis frente a los desarrollos normativos correspondientes a otros países, quienes poseen dentro de su ordenamiento normativo la figura del acusador privado y las implicaciones probatorias que ello conlleva.

La influencia del Código procesal penal modelo para Iberoamérica, constituye un pilar fundamental para el desarrollo normativo de los países Latinoamericanos, donde, si bien se incorporan conceptos y procedimientos que buscan respetar y proteger los derechos fundamentales mínimos de todo Estado de derecho, sin un integral y complementario desarrollo normativo resulta siendo no más que simples recomendaciones normativas. Tal es el caso de la cadena de custodia donde el código se limita a regular, escuetamente, su procedimiento de la siguiente manera:

Art.150. Registro. Cuando fuere necesario inspeccionar lugares, cosas o personas, porque existen motivos suficientes para sospechar que se encontrarán rastros del delito, o se presuma que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida, se procederá a su registro.

Mediante la inspección se comprobará el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere, de utilidad para la averiguación del hecho o la individualización de los partícipes en él. De ella se labrará (sic) acta que describirá detalladamente esos elementos y, cuando fuere posible, **se recogerá o conservará los elementos probatorios útiles.** (Negrilla fuera de texto)

Art.160. Entrega de cosas y documentos; secuestro. Las cosas y documentos relacionados con el delito o los que pudieran ser de importancia para la investigación

y los sujetos a confiscación serán tomados en depósito o asegurados de otra manera y conservados del mejor modo posible.

Guardando una notoria similitud con el Código procesal penal modelo para Iberoamérica, el Código de procedimiento penal de la República de Argentina, Ley 23.984 de 1991, en su estructura normativa señala en primera medida el responsable en la recolección y conservación de los elementos materiales probatorios, estipulando:

Art. 216: Inspección judicial - El juez de instrucción comprobará, mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiere dejado; los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, **recogerá o conservará los elementos probatorios útiles.** (Negrilla fuera de texto)

De igual manera señala los procedimientos en cuanto a la recolección de pruebas producto de un allanamiento, pesquisa personal o inspección, señalando a la policía o funcionarios las fuerzas de seguridad como los únicos responsables del secuestro de estos (Art. 231), y su posterior custodia con el fin de garantizar la integridad e identidad de los documentos (Art. 233)

Por último, se le impone la obligación a los jueces y peritos de conservar en óptimas condiciones las cosas que se les sean trasladadas para sus respectivos procedimientos, señalando entonces: “Art. 261 - Tanto el juez como los peritos procurarán que las cosas a examinar sean en lo posible conservadas, de modo que la pericia pueda repetirse.”

Países como Bolivia Costa Rica y Paraguay, adoptaron de igual manera el texto normativo del Código procesal penal modelo para Iberoamérica, redundando en definiciones como las relacionadas con la obligación de los peritos de conservar los elementos materiales que en desarrollo de su actividad tengan contacto.

Pero en este sentido, resulta imperativo entonces señalar la insistente atribución a los órganos públicos de la recolección y custodia de los elementos materiales objeto de

investigaciones criminales, por ejemplo, Bolivia en su artículo 184 del Código de procedimiento penal, Ley 1970 de 1999, señala:

Artículo 184°.- (Entrega de objetos y documentos. Secuestros). Los objetos, instrumentos y demás piezas de convicción existentes **serán recogidos, asegurados y sellados por la policía o el fiscal** para su retención y conservación, dejándose constancia de este hecho en acta. Si por su naturaleza es imposible mantener los objetos en su forma primitiva, el fiscal dispondrá la mejor manera de conservarlos. (Negrita fuera de texto)

Si bien en Costa Rica, el Código procesal penal N.º 7594, no señala quien es el llamado a realizar los actos de recolección, custodia y manipulación de los elementos materiales de prueba, la sala tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante voto 368-f, señala:

(...) la importancia que reviste para el correcto funcionamiento del sistema penal el que **los representantes del Ministerio Público y los jueces, pero sobre todo los oficiales de la policía** cumplan con los requisitos mínimos de seguridad en la recolección o extracción, preservación, manipulación o traslado, entrega, custodia y empaque de los objetos decomisados y muestras u otros elementos de convicción levantados en el lugar de los hechos, de tal manera que se garantice, con plena certeza, que las muestras y objetos analizados posteriormente y expuestos tiempo después como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos. (Negrilla fuera de texto) (Sentencia citada por el Centro de Información Jurídica en Línea – en su Informe de investigación CIJUL)

Una de las realidades en el sistema judicial justicia de Costa Rica corresponde a la imposibilidad económica de soportar la demanda de justicia por parte de la población, en cuanto:

(...) el gasto en justicia por habitante para el 2008 es de ¢30.414,8, mientras que un año antes fue de ¢26.139,8. Al realizar la conversión a dólares se tiene un monto de \$58.9, lo que evidencia tal y como se muestra en el gráfico siguiente, un crecimiento continuo (sic) desde el 2006. (Judiciales, 2009, pág. 11)

Finalmente, Paraguay en su Código procesal penal, ley 1286 de 1998, no desarrolla conceptualmente un procedimiento propio de la cadena de custodia, pero en las atribuciones propias de la Policía Nacional, se puede vislumbrar su interés por delegar funciones propias de la misma tales como:

Artículo 297: FACULTADES. La Policía Nacional tendrá las facultades siguientes, sin perjuicio de otras establecidas en la Constitución y en las leyes especiales:

- 9) recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el hecho punible;
- 11) Custodiar, bajo inventario, los objetos que puedan ser secuestrados;

Resulta evidente entonces, que si bien, determinados países Latinoamericanos optaron por la desmonopolización de la acción penal, con el fin de mitigar las consecuencias dadas por la congestión judicial mediante la implementación del acusador privado en sus ordenamientos legales, esto no conlleva a dotar de un carácter absoluto al acusador privado con respecto a las situaciones probatorias, aunque es correcto afirmar que este está facultado para solicitar la práctica e incluso aportar las pruebas necesarias al proceso, no lo está para, por lo menos en los países analizados, disponer de la custodia, embalaje y manipulación de la misma, pues la finalidad de la cadena de custodia no es más que ser “un procedimiento establecido por la normatividad jurídica, que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de elementos materiales de prueba” (Angulo Arana, 2000, pág. 176) y cuyo fin evidentemente solo puede ser logrado mediante el actuar de autoridades imparciales, quienes propenden por el cumplimiento de los lineamientos, tanto constitucionales como legales.



Corolario, resulta incuestionable las disimilitudes plasmadas tanto en las normativas de los países analizados con las del ordenamiento jurídico colombiano; disimilitudes que conllevan necesariamente a realizar un estudio de las problemáticas que afrontaría la implementación del acusador privado en Colombia y sus repercusiones.

### 3. Problemáticas del acusador privado en materia de cadena de custodia.

La implementación del acusador privado en la legislación colombiana, obedece como ya se ha mencionado en anteriores párrafos, a la necesidad por hacer frente a las problemáticas nacientes de un sistema colapsado por el nivel de trabajo y la escasa infraestructura, pero que en su más amplia concepción resulta ser una medida necesaria y eficaz para contrarrestar los problemas de la rama judicial (por lo menos así lo señala la exposición de motivos de la mencionada Ley 1826 de 2017), tan es así que varios países del continente optaron por su implementación y en su desarrollo evidencian partes positivos de la desmonopolización de la acción penal, como en el caso de México el cual se señaló anteriormente y quien mostro un parte positivo en el acceso a los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Ahora bien, la figura del acusador privado implementada en Colombia, y bajo el argumento normativo sobre el cual se quiere desarrollar, evidencia determinadas problemáticas que a la hora de su implementación práctica, pueden generar flagrantes violaciones a los Derechos Constitucionales, adoptados por Colombia y aprehendidos en su Carta Suprema; por ejemplo, una problemática sobre la cual gira este tema de investigación, consiste en las excesivas atribuciones que la ley 1826 de 2017 pone en cabeza del acusador privado, pues en su artículo 29 señala que:

El acusador privado hará las veces de fiscal y se seguirán las mismas reglas previstas para el procedimiento abreviado establecido en este libro. **En todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por este título respecto de las facultades y deberes del acusador privado, se aplicará lo dispuesto por este código en relación con el fiscal.** (Negrilla fuera de texto)

Evidente resulta entonces que, el que se dote al acusador privado de las mismas funciones que corresponden al Fiscal encargado, no implicaría necesariamente que este desarrolle una postura imparcial frente al proceso y su adversario, puesto que, “no existe ninguna garantía de que el mismo acate pilares esenciales como lo es la presunción de inocencia del capturado o indiciado, ya que su naturaleza podría ir más acorde quizás con la venganza personal por parte de la víctima” (Arcón, 2017, pág. 1) , tesis que concuerda con lo señalado por el Magistrado Eugenio Fernández:

(...) por cada millón de denuncias el 30% de los señalados resulta inocente y hay que dictar fallo absolutorio. Mírelo institucionalmente y verá que el fiscal es una persona que siempre busca que la verdad brille independiente de quien sea. Al acusador privado solo le interesa que la víctima, su representado o cliente, sea el ganador de la pretensión. No siempre el que denuncia, que resulta herido en su cuerpo, es el inocente, porque pudo ser el promotor del problema. (Carlier, 2017, pág. 1)

En consecuencia, facultades tales como trasladar la obligación de conservar la cadena de custodia al acusador privado, conlleva consigo una carga tanto operativa como de infraestructura que, en la mayoría de los casos resultara imposible de cumplir por parte de estos, pues como se pretende demostrar en posteriores párrafos, su procedimiento implica indudablemente conocimientos, técnicas y desarrollos que se derivan en gastos económicos como operacionales.

El sustento normativo de lo anteriormente dicho encuentra razón en los siguientes artículos de la Ley 1826 de 2017; el artículo 35 señala: “Cuando se autorice la conversión de la acción penal, la investigación y la acusación corresponden al acusador privado (...)” el artículo 37 ibidem señala: “Realizado el traslado del artículo anterior, la custodia de los elementos materiales probatorios, evidencia física y la información legalmente obtenida corresponderá exclusivamente al acusador privado”, custodia que a la luz del código de procedimiento penal, conlleva unas estrictas formalidades, en pro de conservar la cadena de custodia, verbi gracia el Dr. (Alfonso, 2016), señala a modo de ejemplo uno de los múltiples

procedimientos que se deben realizar en la cadena de custodia y que el acusador privado debe respetar:

(...) cuando hubo presencia de la Policía de Vigilancia, o agotada esta primera parte, cuando no participó la Policía de Vigilancia, sino que actuó directamente el Policía Judicial, este debe indicar en audiencia pública la manera en la que trasladó el contenedor al laboratorio correspondiente, o mejor, cómo sacó la evidencia del laboratorio y dónde firmó el recibo que figura en el formato de cadena de custodia (pág. 6).

En el mismo sentido la Ley 906 de 2004, en su artículo 216, señala: “Cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en alguna de las inspecciones, será asegurado, embalado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración de este. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia.”

Corolario, la ruptura de la cadena de custodia según la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. (15 de febrero de 2012) auto 37943 [MP Espinosa Sigifredo]:

(...) debe ser grave y afectar la estructura del proceso, para que pueda declararse su ilicitud o su ilegalidad.

De lo contrario, las pruebas siguen siendo lícitas o legales. Si los yerros formales cometidos en la cadena de custodia no afectaron el derecho a la defensa o la imparcialidad del juez, no se puede considerar ilegal la prueba, puntualizó la corporación.

Pese a lo señalado por la Corte, si bien, la prueba no se entiende ilícita o ilegal por yerros en el desarrollo de la cadena de custodia, se debe demostrar la autenticidad de la prueba por otros medios, al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de enero de 2017) SP160-2017 [MP Patricia Salazar Cuellar] señala:

(...) también se ha precisado que, si por alguna razón no se cumple con la obligación constitucional y legal de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, el artículo 277 de la Ley 906 de 2004 admite que su autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de conocimiento, en virtud, como se ha dicho, del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que las presente.”

Teniendo en cuenta que el juez en desarrollo del principio de lealtad y probidad procesal deberá “tomar de oficio, o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas de lealtad, y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional y fraude procesal” (Romaniello, 2012, p. 99).

Existiendo entonces la obligación de probar su autenticidad por otro medio, bien sea:

1. **Auto autenticación:** consiste en el hecho que algunas evidencias físicas tienen características notorias y bien conocidas que hacen que ellas no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas.
2. **La marcación:** es el acto de señalar la evidencia física con un signo distintivo, propio y exclusivo del investigador que la levanta y recolecta de la escena o del perito que la manipula dentro del laboratorio.
3. **El testimonio:** es la declaración juramentada de una persona quien reconoce una evidencia como auténtica y manifiesta los motivos de este reconocimiento.
4. **La peritación:** es la declaración juramentada de un perito quien reconoce una evidencia como auténtica y manifiesta los motivos de este reconocimiento, después de haber ejercido sobre ella su actividad pericial (Julieth, 2014, págs. 132-133).

Dando como resultado entonces dentro del proceso abreviado dos únicas posibilidades para el acusador privado, la primera implica una carga económica en búsqueda de implementar los protocolos establecidos por la Fiscalía general de la Nación, a fin de demostrar la autenticidad de la prueba, protocolos que van desde el embalaje de la evidencia

hasta la custodia en laboratorios o bodegas con condiciones especiales para su conservación; y una segunda situación, que parte de la imposibilidad de respetar los protocolos, derivando en la necesidad de utilizar otro medio de autenticación a fin de poder incorporar la prueba al proceso, implicando un gasto extra tanto procesal como de los auxiliares de la justicia; un ejemplo de la obligación del cumplimiento de tales protocolos es:

Con la entrada en Vigencia de la Ley 906 de 2004 se estableció que para que la evidencia documental pueda convertirse en prueba documental y, en consecuencia, en medio de conocimiento, se requiere que sea autenticada, y esto solo se logra cuando lo hace la persona que lo ha elaborado o producido por algún otro medio (González, 2016, pág. 12).

Frente a lo señalado anteriormente, resulta entonces otra incompatibilidad en cuanto a la facultad que se le otorga a los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades debidamente acreditadas (Art. 27 Ley 1826 de 2017), pues su rol como abogados de confianza encuentran sus bases en el servicio social como abogado de pobres, teoría que se encuentra desacreditada imperativamente por las evidentes erogaciones económicas a las que se encuentra sometido el proceso abreviado contemplado en la Ley 1826 de 2017 puesto que como ya se señaló anteriormente, la implicación natural de trasladar la carga y funciones propias del fiscal delegado al acusador privado (en este caso el estudiante de consultorio jurídico), también traslada la obligación de llevar a cabo las etapas de investigación y acusación, evidentemente con los gastos que ello conlleva, al respecto el Artículo 35 de la Ley 1826 de 2017 señala “Cuando se autorice la conversión de la acción penal, la investigación y la acusación corresponden al acusador privado.”

Por consiguiente, resulta entonces evidente que se está desnaturalizando la concepción del abogado de pobres en cuando la Corte Constitucional. (22 de febrero de 2017) en sentencia C-110 [MP Alberto Rojas Ríos] señala que esta es “una garantía que significa la eliminación de una barrera del acceso de la administración de justicia, protección que suple la condición de negación de Derechos Civiles y Políticos, así como Sociales, Económicos y Culturales que padece esa población vulnerable.” y que en el presente caso la no conversión

de la acción penal no generaría ninguna barrera o limitante de la persona al acceso a la administración de justicia, en cuanto su conversión está supeditada en primera medida, a la volición de la víctima, generando entonces para los consultorios jurídicos una carga económica evidente, que bien puede soportar la Fiscalía General de la Nación, mediante el ejercicio de la acción penal pública, sin causar ninguna limitación ni violación a los derechos fundamentales de la persona en situación de pobreza.

Proponer una solución de fondo a las ya expuestas problemáticas teóricas de la Ley 1826 de 2017 resultaría si no ambicioso, dificultoso, por cuanto la forma en la que se encuentra reglamentado el acusador privado denota una novación del sistema procesal penal, que, a pesar de ya encontrarse vigente, no cuenta con los procesos necesarios para evidenciar su efectividad dentro del asunto penal.

El exvicefiscal Francisco Sintura citado en el artículo del (El Tiempo, 2018) señala una de las primeras problemáticas de la implementación del acusador privado, pues

En el 99,9 % de los casos, la Fiscalía aduce que no es conveniente (la conversión). Por razones de pura discrecionalidad, y eso acaba con el propósito de la ley que es descongestionar (...) llama la atención que la ley lleva un año y medio de vigencia y solamente hay 19 casos, es decir, se produce un caso de acusador privado por mes, y eso es absurdo. La Fiscalía ha dado al traste con la aplicación de la ley. Par. 10.

Evidenciando entonces que, en primera medida, los Fiscales en su mayoría se encuentran en desacuerdo con la desmonopolización de la acción penal, y en segundo lugar un año y medio después de su implementación, no se cuentan con los datos suficientes para poder evidenciar si efectivamente las críticas planteadas sobre el texto, se están manifestando en la práctica penal.

Por último uno de los aspectos incorporados en la regulación del acusador privado, corresponde al ámbito de responsabilidad y sanciones que acarrea el ejercicio de las facultades publicas transitorias, que se adquieren al autorizar la conversión de la acción penal

pública a privada, responsabilidad contemplada en el parágrafo 2º del artículo 35: “Si el acusador privado es sorprendido en actos de desviación de poder por el ejercicio de los actos de investigación se revertirá inmediatamente el ejercicio de la acción. Asimismo, se compulsarán las copias penales y disciplinarias correspondiente”, entiende entonces el Legislador, que el ejercicio de la acusación privada conlleva tanto las facultades (limitadas como se observó anteriormente) como las responsabilidades propias del Fiscal a cargo de cualquier proceso judicial; por consiguiente resulta trascendental prestar importante atención a las responsabilidades disciplinarias que recaen sobre el acusador privado, frente a la desatención de los protocolos de cadena de custodia que están obligados constitucionalmente a llevar la Fiscalía General de la Nación.

Vale la pena poner atención, a las posibles repercusiones que se puedan generar en contra de la víctima, en cuanto dentro del desarrollo de sus actividades encaminadas al perfeccionamiento de su papel como acusador privado puedan ser revictimizadas, “no resulta descabellado entonces imaginar un supuesto en el que una víctima sea objeto de intimidación o, incluso, de graves agresiones contra su persona o su familia para evitar que insista en la persecución de un determinado delito.” (Lozano, 2012, p. 19)

## **Conclusiones**

La implementación de la ley 1826 de 2017, como evidentemente reza su exposición de motivos, obedece a la necesidad de “buscar descongestionar el sistema judicial a partir de la consagración de un procedimiento especial abreviado para aquellas conductas punibles de menor lesividad para la sociedad colombiana” (Exposición de motivos Ley 1153 de 2007). Resultando entonces evidente que su implementación normativa se fundamenta en la protección y desarrollo de principios constitucionales tales como, el acceder a la administración de justicia (art. 229 C.P.) y a que ésta resuelva los conflictos con eficacia y prontitud. Ello se relaciona además con la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo enunciadas en el artículo 2º superior, así como con la prevalencia de los derechos fundamentales (artículo 5º C.P.)

Tal necesidad de descongestionar la justicia, parte de una realidad innegable, y es la aceptación tácita por parte de la justicia penal de la incapacidad tanto humana como operativa de poder suplir las necesidades de justicia demandadas por la población, y la consecuente imperativa intervención por parte del legislador para entrar a mitigar sus consecuencias.

Si bien se habla de la desmonopolización de la acción penal, es ineludible precisar que la Fiscalía General de la Nación, aun ostenta el poder preferente del ejercicio de la acción penal en Colombia, subordinando su conversión a su volición; en los determinados casos en donde se otorgue la conversión de la acción penal de pública a privada, se buscará la protección de los derechos fundamentales del acusado en cuanto se mantienen en la cabeza del Fiscal, aquellos actos complejos de investigación que deberán realizarse en los términos establecidos en la ley para cada caso.

Para este artículo investigativo, resulta evidente que, pese a la creación de la Comisión Asesora para la desmonopolización de la acción penal, que buscaba la recopilación de experiencias mediante el derecho comparado, el legislador incorporó a la norma directrices que no habían sido incorporadas en otros ordenamientos, y que inevitablemente tendrán que ser analizadas por la Corte Constitucional, pues como a bien señala Rafael Velandia Montes (2014):

(...) las propuestas de reforma normativa penal de los representantes deben involucrar medida, racionalidad, objetividad y cientificidad, que solo pueden obtenerse mediante la investigación criminológica y que no están presentes en los planteamientos derivados de los supuestos deseos de la opinión pública, que se sustentan en intereses individuales de diversos tipos y que se caracterizan por su emotividad y naturaleza draconiana.” (pág. 12)

La cadena de custodia se implementa en un principio según la sentencia del Alto Tribunal Constitucional como:



(...) un mecanismo que tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los materiales probatorios y la evidencia física. En este sentido, es concebida como un conjunto de medidas que tienen como fin preservar la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física y asegurar el poder demostrativo de la prueba. (Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 2015)

Definición que confrontada con el apartado normativo de la Ley 1826 de 2017 en la práctica encuentra serias limitaciones a su desarrollo pues, como se señaló anteriormente, su cumplimiento corresponde ahora a la parte encargada de la acusación.

Pese a las múltiples falencias que puede tener la Ley 1826 de 2017, en este artículo investigativo se propendió por señalar los inconvenientes que puede generar la teoría de la cadena de custodia frente a las atribuciones concedidas al acusador privado, que corresponden puntualmente a las erogaciones económicas que implica el intentar cumplir con los procedimientos estipulados por la Fiscalía General de la Nación, las cargas desproporcionadas a los estudiantes de consultorios jurídicos debidamente acreditados, el contacto directo de las pruebas con una parte imparcial como lo es el acusador, la dilatación del proceso especial abreviado al exigir otros medios para acreditar la indemnidad de la prueba, la responsabilidad de los representantes de las víctimas por la no sujeción de los procedimientos estipulados, y finalmente la desnaturalización de la teoría de la cadena de custodia, al imponer cargas indebidas a personas ajenas a la administración de justicia

Por último como crítica a la Ley 1826 de 2017, se considera que su implementación debió propender más por la solución de los conflictos objeto de esta ley, más que por la creación de un nuevo procedimiento totalmente ajeno a los lineamientos históricos del procedimiento penal colombiano; solución de conflictos que como su Ley homóloga de México giro bajo las bases de la conciliación como un mecanismo más viable y menos vindicativo en búsqueda de los mismos fines, la descongestión de la justicia; al respecto Dayana Becerra (2009) en su artículo “La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa” recomienda:

(...) la conciliación preprocesal en materia penal debe, en primer lugar, considerarse como un mecanismo de justicia restaurativa, que la hace más democrática en cuanto a que los ciudadanos, sin la necesidad de estar investidos con la categoría de jueces, pueden tener la posibilidad de resolver conflictos, y adicionalmente produce una transformación de la justicia retributiva de antaño, típica de un sistema inquisitivo, en una justicia en que la víctima es reparada acorde con sus necesidades, y no con las necesidades que el juez crea que el ofendido puede tener; asimismo, esta justicia permite en mayor medida la resocialización del delincuente y el perdón por parte de la víctima, los cuales no se ven recíprocamente como verdugos, pues el indiciado ha sido beneficiado en su pena, la víctima ha sido reparada de acuerdo a sus necesidades, el conciliador ha sido gestor imparcial de un arreglo, que beneficia a las partes, y no se responde a la agresión del procesado con otra agresión entendida esta como pena o castigo (pág. 20).

La congestión judicial es un fenómeno que inevitablemente permea hasta los sistemas jurídicos más estables de la región puesto que para hacer frente a esta problemática se necesita:

(...) un estado de cosas en el cual los recursos fuesen casi ilimitados, el número de funcionarios bastante elevado y no se tuviesen otras necesidades tan apremiantes como la inversión en temas de educación y salud, lo “ideal” sería que absolutamente todas las conductas punibles fuesen procesadas y sancionadas (Acuña & Chaves Peña, 2014, pág. 13).

Resultando entonces evidentemente la prelación del interés general sobre el particular.

De igual manera que tal ideal sea un claro impedimento para la problemática judicial, no excluye la necesaria de intervención del aparato legislativo en pro de la generación de políticas públicas que propendan por la mitigación de la problemática judicial; políticas que como se evidenció anteriormente pueden generar aún más violaciones de los Derechos

Humanos de los actores judiciales, como es el caso de Colombia, o que por contrario sensu, generan un avance positivo en la problemática planteada y consecuentemente implementan una cultura de dialogo y paz a la hora de la resolución de conflictos, como es el caso de México; independientemente de cuál sea la política a implementar no hay que perder de vista “que dicha transformación no transforme el proceso penal en una herramienta de retaliación o venganza personal contra el procesado, es decir evitar un retroceso jurídico que desconozca al estado.” (Gallego, 2014, pág. 20)

### **Bibliografía**

- Acuña, C. E., & Chaves Peña, E. M. (2014). La Pérdida Del Monopolio En El Ejercicio De La Acción Penal Y Los Límites Constitucionales De Su Regulación En Colombia. Fundación universitaria Los Libertadores, 29.
- Alfonso, D. G. (septiembre de 2016). Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal. Publicaciones Universidad Católica, 64. Recuperado el 2018 de agosto de 08, de <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/reglas-de-produccion-de-las-pruebas/pubData/source/reglas-de-la-produccion.pdf>
- Angulo Arana, P. (2000). La Investigacion del Delito en el Nuevo Proceso Penal. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Arcón, M. F. (2017). Conversión de la acción penal: La nueva figura del acusador privado en Colombia. Publicaciones Universidad Nacional de Colombia, 1-1.
- Becerra, D. (2009). La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa. Novum Jus, 22. Recuperado el 08 de 08 de 2018, de [https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas\\_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/719/734](https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/719/734)
- Belén, Á. B. (2018). *Agresiones Con Sustancias Químicas*. Puyo: Universidad Regional Autónoma de los Andes. Recuperado el 08 de agosto de 2018, de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7835/1/PIUPA011-2018.pdf>
- Carlier, E. F. (17 de mayo de 2017). El acusador privado o la venganza de la víctima. (H. González, Entrevistador) Recuperado el 08 de agosto de 2018, de

<http://www.lapatria.com/sucesos/el-acusador-privado-o-la-venganza-de-la-victima-367439>

- Cordova, A. F. (1981). Derecho procesal penal. Quito: Quito Fondo de cultura Ecuatoriana.
- Couture, E. J. (1958). Fundamentos del Derecho procesal Civil. Buenos Aires: Roque de palma.
- Díaz, E. D. (1992). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil, Ecuador: Edino.
- Fiscalía General de la Nación (2012). Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Recuperado el 08 de agosto de 2018, de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (2018). *Manual del sistema de cadena de custodia* (Vol. 4). Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación. Recuperado el 15 de 02 de 2019, de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Manual-Del-Sistema-De-Cadena-De-Custodia.pdf>
- Gallego, M. M. (2014). La participacion de las victimas en el sistema penal acusatorio Colombiano, una perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Universidad Católica de Colombia, 108. Recuperado el 08 de agosto de 2018, de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1619/1/Monograf%C3%ADa%20Mateo%20Mejia%20Gallego%20PDF%2019%20de%20marzo%20de%202014.pdf>
- González, A. D. (2016). Reglas de producción de las pruebas y reglas de exclusión en sede de casación penal. Bogotá: Universidad Catolica de Colombia.
- Guillen López, G. (2011). Policía investigadora en el ámbito del sistema procesal acusatorio (Vol. II). México: Cultura de libertades.
- Judiciales, c. d. (Noviembre de 2009). Costa Rica poder judicial departamento de planificación sección estadística. Recuperado el 08 de agosto de 2018, de [https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/indicadores/compendio\\_indicadores\\_2004-2008.pdf](https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/indicadores/compendio_indicadores_2004-2008.pdf)
- Julieth, L.-S. D. (2014). Cadena De Custodia En El Ordenamiento Jurídico. Tunja: Revista Iter Ad Veritatem.

- Lozano, R. V. (2012). El Ejercicio de la Acción Penal en Colombia. Sergio Arboleda, 30.
- Monroy, J. F. (2015). Repositorio Universidad Javeriana. Recuperado el 08 de agosto de 2018, de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/34513/MejiaMayaJuanFelipe2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Montes, R. V. (2014). Sobre La Legitimidad De La Opinión Pública Como Sustento De La Política Penal. *Novum Jus*, 12.
- Penal, N. C. (2004). *Organization of American States*. Recuperado el 08 de agosto de 2018, de [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic34\\_per\\_cod\\_procesal.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic34_per_cod_procesal.pdf)
- Peña, E. M. (2012). La accion penal Privada y su implementacion en Colombia. Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Romaniello, C. A. (2012). *Teoría General del Proceso*. Roma: Youcanprint-Self publishing.
- Torrado Rojas, L. F., & Benedetti Quiñones, R. (2013). Desmonopolización de la acción penal en Colombia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado el 22 de mayo de 2019, de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10038/BenedettiQuinonesRena2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vargas, G. E. (2016). Repositorio Universidad Autonoma de Mexico. Recuperado el 08 de agosto de 2018, de <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/58242/Tesis%20Doctoral%20de%20Ernesto%20Vargas%20Garc%C3%ADa.pdf?sequence=1>

### **Normativas:**

- Ley N. ª 5558. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Venezuela, 14 de noviembre de 2001.
- Decreto N. º 51-92. Congreso de la República de Guatemala, Guatemala, 07 de diciembre de 1992.

- Decreto N° 1500. El presidente de la Republica, Colombia, 19 de julio de 2002.
- Código Procesal Penal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 11 de julio de 2002.
- Exposición de motivos artículo 21 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. Palacio Legislativo de San Lázaro, Ciudad de México, 27 de marzo de 2007.
- Exposición de motivos ley 1826 de 2017 Colombia  
[http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3)

### **Jurisprudencial:**

- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-651 del 7 de septiembre de 2011, Expediente D-1698. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá, Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 07 de diciembre de 2011 Proceso. 37596. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho, Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-879 del 10 de septiembre de 2008, Expediente D-7208 y D-7211. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-496 del 5 de agosto de 2015, Expediente. D-10451. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de enero de 2017 Proceso. SP160-2017. Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuellar. Bogotá, Colombia.